



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**RAFAEL CAVALCANTI BRANCO**

**O FENÔMENO DA SERENDIPIDADE NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E  
NAS BUSCAS E APREENSÕES: UMA ANÁLISE SOBRE A ADMISSIBILIDADE  
DAS PROVAS DESCOBERTAS AO ACASO**

**SANTA RITA  
2019**

**RAFAEL CAVALCANTI BRANCO**

**O FENÔMENO DA SERENDIPIDADE NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E  
NAS BUSCAS E APREENSÕES: UMA ANÁLISE SOBRE A ADMISSIBILIDADE  
DAS PROVAS DESCOBERTAS AO ACASO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
ao Curso de Direito, do Centro de Ciências  
Jurídicas, da Universidade Federal da Paraíba,  
como exigência parcial para obtenção do título  
de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Me. José Neto Barreto Junior

**SANTA RITA  
2019**

**Catálogo na publicação**  
**Seção de Catalogação e Classificação**

B816f Branco, Rafael Cavalcanti.

O FENÔMENO DA SERENDIPIDADE NAS INTERCEPTAÇÕES  
TELEFÔNICAS E NAS BUSCAS E APREENSÕES: UMA ANÁLISE  
SOBRE A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS DESCOBERTAS AO ACASO  
/ Rafael Cavalcanti Branco. - João Pessoa, 2019.  
54 f.

Orientação: José Neto Barreto Junior.  
Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/SANTA RITA.

1. Direito Processual Penal. 2. Serendipidade. 3.  
Provas Fortuitas. 4. Busca e Apreensão. 5.  
Interceptação Telefônica. I. Barreto Junior, José Neto.  
II. Título.

UFPB/CCJ

**RAFAEL CAVALCANTI BRANCO**

**O FENÔMENO DA SERENDIPIDADE NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E  
NAS BUSCAS E APREENSÕES: UMA ANÁLISE SOBRE A ADMISSIBILIDADE  
DAS PROVAS DESCOBERTAS AO ACASO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito, do Centro de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal da Paraíba, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Me. José Neto Barreto Junior

Banca Examinadora

Data da Aprovação: 25/09/2019

---

Prof. Me. José Neto Barreto Junior

---

Prof.<sup>a</sup> Me. Nayara Toscano de Brito Pereira

---

Prof. Me. Wendel Alves Sales de Macedo

Aos meus avôs, José Maria Marinho Cavalcanti e Carlos Agripino Branco, que estarão eternamente presentes em meus pensamentos.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente, à Deus por me guiar durante todo o caminho da graduação.

Agradeço aos meus pais, por nunca medirem esforços para me apoiar. Pai, obrigado por seus incentivos, eles sempre me fizeram ir mais longe. Mãe, obrigado por me inspirar a seguir seus passos.

Ao meu irmão, a minha namorada, aos meus demais familiares e amigos, pelo amor e pelas alegrias que vocês me proporcionaram ao longo dos últimos anos.

Ao Departamento de Ciências Jurídicas de Santa Rita – UFPB, desde os professores, por todo o conhecimento transmitido, aos funcionários, pelo esforço empreendido para proporcionar um ambiente adequado de aprendizado.

## RESUMO

A serendipidade vem sendo bastante discutida nos últimos anos tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. O debate central acerca desse instituto se pauta na admissibilidade das provas encontradas fortuitamente, ou seja, àquelas que se referem a crimes que não eram previamente objeto das investigações ou instruções criminais. A situação ganha ainda mais força quando esse fenômeno ocorre no cenário dos meios de obtenção de prova da busca e apreensão e da interceptação telefônica, tendo em vista que ambos os institutos por si só já invocam a discussão sobre choque de princípios constitucionais. Além disso, o trabalho, com o objetivo de analisar a admissibilidade dessas provas acidentais, expõe as controversas correntes doutrinárias existentes sobre o tema, chegando à conclusão de que a raiz de toda a celeuma está no conflito de duas garantias constitucionais: a inviolabilidade do domicílio e das telecomunicações em embate com o dever de segurança estatal. Ante o quadro, o estudo se propôs a encontrar a solução diante da celeuma constitucional. Desta forma, apresentou ferramentas essenciais para a resolução deste conflito, como a utilização do critério da proporcionalidade, verificando assim que a única corrente compatível com esse mecanismo e com a ordem sistemática constitucional é a moderada.

**Palavras-chave:** Direito Processual Penal, Serendipidade, Provas Fortuitas, Busca e Apreensão, Interceptação Telefônica

## **ABSTRACT**

Serendipity has been much discussed in recent years by doctrine and jurisprudence. The central debate is based on the admissibility of the randomly found evidence that refers to crimes that were not previously the subject of criminal investigations or instructions. The situation gets even stronger when this context occurs through the means of obtaining evidence, especially in the search and seizure and telephon interception. Such a choice came about because both institutes alone already invoke the discussion of clash of constitutional principles, which is further accentuated when it comes to discussing the use of random evidence gathered through them. In addition, the paper, with the aim of analyzing the admissibility of this evidence exposes the controversial doctrinal currents existing on the subject, reaching the conclusion that the original basis of this discussion is in the conflict of two constitutional guarantees: the inviolability of the domicilie and the telecommunications. Against this backgroud, the study proposed to find the solution in the face of constitutional upheaval, finding unison tools for the resolution of this conflict, such as using the proportionality criterion and noting that the only current compatible with this mechanism is the moderate one.

**Palavras-chave:** Criminal Procedural Law, Serendipity, Random Evidence, Search and Seizure, Telephone Interception.



## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>8</b>
<b>2</b>	<b>TEORIA DAS PROVAS</b>	<b>11</b>
2.1	Princípio da Verdade Real	11
2.2	Prova	11
2.3	Diferenças entre provas, elementos de informação e indícios	12
2.4	Princípio da Inadmissibilidade das Provas Ilícitas	14
2.5	Meios de obtenção de prova	16
2.5.1	<i>Busca e apreensão domiciliar</i>	16
2.5.2	<i>Interceptação telefônica</i>	19
<b>3</b>	<b>O FENÔMENO DA SERENDIPIDADE</b>	<b>23</b>
<b>4</b>	<b>FIXAÇÃO DE PARÂMETROS JURISPRUDENCIAIS PARA SITUAÇÕES ESPECÍFICAS DA SERENDIPIDADE</b>	<b>26</b>
4.1	Crimes conexos	26
4.2	Crimes não-conexos	28
4.3	Crimes permanentes em estado de flagrância	29
4.4	Inclusão de terceiros	31
4.5	Crimes futuros	32
<b>5</b>	<b>ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ENCONTRADAS AO ACASO</b>	<b>34</b>
5.1	Correntes doutrinárias	34
5.1.1	<i>Valoração absoluta</i>	34
5.1.2	<i>Moderada</i>	36
5.1.3	<i>Negação total</i>	38
5.2	A raiz da problemática: o conflito entre garantias individuais e o dever estatal de segurança	40
5.3	Utilização do critério da proporcionalidade e a necessária prevalência da corrente moderada	41
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO</b>	<b>46</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>49</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A palavra serendipidade vem da expressão “serendipity” da língua inglesa, cujo a tradução significa “uma feliz descoberta ao acaso”. Esse termo advém de um conto intitulado de “Os três príncipes de Serendip”, no qual esses personagens faziam descobertas surpreendentes ao longo de suas viagens<sup>1</sup>.

Importando a expressão para o mundo jurídico, a mencionada descoberta fortuita se refere ao encontro de novas provas que não eram, *a priori*, procuradas. Nesse mesmo sentido, os processualistas Nestor Távora e Alencar Rosmar (2018, p. 635), definem a serendipidade, em poucas palavras, como “o encontro fortuito de provas relativas a fato delituoso diverso daquele que é o objeto da investigação.”

A partir desse conceito que o fenômeno recebeu no âmbito do direito, advieram diversas outras denominações para esse instituto jurídico, que também passou a ser chamado de “descobrimientos casuais”, “descobrimientos acidentais” ou, simplesmente, “fortuitos”. (GOMES, 2008).

Esse instituto, que pode manifestar-se tanto na fase de investigação policial, quando há apenas um inquérito policial, como na fase de instrução processual, quando a ação penal já foi instaurada, decorre da atuação das autoridades que conduzem os procedimentos em busca de elementos de informação ou provas para a elucidação da materialidade dos delitos e a sua respectiva autoria.

Nessa perspectiva, é essencial a utilização de meios de obtenção de prova, levando em consideração que, na maioria dos casos, as provas não são produzidas de forma espontânea. Nesse meio tempo, não é raro se obter conhecimento de provas que não dizem respeito ao delito investigado, surgindo, assim, o fenômeno aqui estudado.

Reconhecendo a amplitude do tema, o presente trabalho limitar-se-á a analisar esse fenômeno no âmbito das buscas e apreensões e das interceptações telefônicas. Porém, mesmo restringindo o campo de análise da serendipidade, surgirão inúmeras questões controvertidas que merecerão uma abordagem aprofundada.

Em um primeiro contato com esse cenário, surge a impressão de que não há questão jurídica relevante para se discutir, em razão de não ser clarividente qualquer prejuízo na utilização dessa prova, afinal, o Estado, buscando solucionar uma

---

<sup>1</sup> WALPOLE, Horace. Os três príncipes de serendip. **Recanto das letras**. 27 ago. 2010. Disponível em: <https://www.recantodasletras.com.br/ensaios/2461955>. Acesso em: 06 set. 2019

investigação criminal, coloca-se diante de uma prova que irá resolver outro caso, sem a necessidade de empreender mais tempo e recurso para isso.

Contudo, apesar desses meios de obtenção de prova serem indispensáveis nos dias de hoje para as investigações e processos criminais, não obstante serem autorizados pelo Estado, constituem uma mitigação a certos direitos individuais garantidas pela Constituição Federal.

Ademais, quando esse cenário, que já é bastante sensível pelas razões acima mencionadas, é acrescido do fenômeno da serendipidade, surge uma infinidade de demandas a serem solucionadas, tendo em vista que, agora, a prova colhida ultrapassa as próprias barreiras dos requisitos impostos aos meios de obtenção de prova.

Portanto, diante do quadro, são levantados pontos sobre um possível descumprimento do princípio da especialidade das provas e um desvio causal probatório, bem como a inadmissibilidade dessas provas ante uma eventual ilicitude. Além disso, traz à tona a discussão sobre a colisão de garantias constitucionais, o que também merece determinada atenção.

Nesse plano, far-se-á no presente trabalho, primeiramente, um estudo da prova judiciária, do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas e dos meios de obtenção de prova - interceptações telefônicas e buscas e apreensões, dando ênfase ao conflito de princípios constitucionais presentes nesses cenários. Em um momento posterior, será feita uma análise, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, acerca da serendipidade em si, destacando suas principais características e classificações.

Em seguida, será exposto o movimento das Cortes Superiores brasileiras, ante uma iminente insegurança jurídica fruto da controvertida matéria, no sentido de estabelecer parâmetros de admissibilidade para cada situação específica de serendipidade, de modo a respeitar suas respectivas peculiaridades.

Outrossim, será feita uma reflexão sobre a discussão acerca da admissibilidade das provas fortuitas expondo, preliminarmente, as principais correntes doutrinárias sobre o tema. Após essa primeira análise, as teses sustentadas serão relacionadas com o choque entre garantias constitucionais individuais e o constitucional dever estatal de segurança, apontando-o como raiz de toda a discussão.

E, por fim, restará concluída a necessidade da utilização do critério da proporcionalidade como mecanismo de resolução do conflito entre garantias constitucionais, bem como a necessária manutenção da corrente moderada acerca

da admissibilidade das provas fortuitas, em razão do entendimento formado de que esta é a única que se compatibiliza com o vigente diploma constitucional e sua perspectiva sistemática.

Objetivando tratar de todos esses pontos, o método de abordagem adotado será o hipotético-dedutivo, tendo em vista que é o mais adequado para a presente a realização do estudo teórico sobre esse instituto do direito processual penal. Já quanto à classificação da pesquisa, será feita uma pesquisa bibliográfica, sem a necessidade de uma pesquisa de campo, mas, imprescindivelmente serão realizadas reflexões acerca dos pensamentos doutrinários, artigos científicos e decisões judiciais com objetivo de desenvolver a temática.

## **2. TEORIA DAS PROVAS**

### **2.1 Princípio da verdade real**

Um dos princípios mais importantes do processo penal é que merece especial atenção, levando em consideração que se confunde, inclusive, com uma das finalidades basilares desse ramo do direito, é o princípio da verdade real.

Esse elemento protagonista do processo penal funciona como elemento norteador da atividade jurisdicional em razão do magistrado necessitar pautar o seu exercício jurisdicional na reconstrução da verdade fática ocorrida no passado, fazendo interpretações que deverão superar a controvérsia trazida pelas partes na colheita probatória, objetivando alcançar a justiça. (TÁVORA e ROSMAR, 2018, p. 79).

Apesar dessa importante função, esse vetor possui uma faceta utópica, levando em consideração a impossibilidade de se reconstruir os fatos do passado da exata maneira em que aconteceu através do processo.

Inclusive, de acordo com Aury Lopes Jr. (2015, p. 381) não é possível reestabelecer a verdade no sistema democrático acusatório, haja vista que a verdade real no processo penal constitui apenas um mero ato de convencimento após observado o devido processo legal.

Além das críticas acima expostas, há uma forte preocupação em se impor limites à busca da verdade real, respeitando as demais garantias processuais e individuais. Uma clara representação desse receio é o princípio inadmissibilidade das provas ilícitas, que estabelece que a lei é limiar entre uma prova válida e a inválida.

Apesar desses pontos colocados e do reconhecimento de seus fundamentos, o princípio funciona como orientador da atividade do juiz como já dito anteriormente, e, em razão disso, passa a ser o mais eficiente meio de se atingir a lúdima justiça, mesmo reconhecendo que ela não poderá ser sempre realizada.

Mesmo com tantas discordâncias sobre o tema, um quesito permanece inabalado. Trata-se da fiel necessidade da prova como meio que irá conduzir o órgão jurisdicional à verdade real, ou para os mais críticos, mais próximo dela.

### **2.2 Prova**

Segundo Marinoni e Mitidiero (2011, p. 334), a prova se constitui como o “meio retórico, regulado pela legislação, destinado a convencer o Estado da validade de

proposições controversas no processo, dentro de parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais”

Eugênio Pacelli (2017, p.333) traz outra abordagem acerca da prova, apontando inclusive a sua relação com o princípio anteriormente abordado e definindo seu objetivo como “a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade história, isso é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo.”

Quanto aos sentidos que esse termo pode carregar, verifica-se que ele pode se comportar de três diferentes modos. Assim, é capaz de significar um ato de provar, quando se verifica que é verdade o alegado por uma parte no processo; como meio, quando se trata de um instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo; e, por fim, como produto daquilo que é extraído dos instrumentos de prova, provando algo (NUCCI, 2017, p. 499).

Esses múltiplos sentidos, principalmente os dois últimos, representam etapas sucessivas do ato de provar, o penúltimo se apresenta como um instrumento de prova em juízo e o último passa a ser representado pelo ato do magistrado de determinar se a prova serviu ou não para comprovar o que se pretendia.

Nessa atividade típica jurisdicional, o magistrado realiza um exercício mental através do modo de construção do convencimento estabelecido por cada ordenamento jurídico (LOPES A, 2015, p. 355).

No Brasil, na época em que se adotava expressamente o sistema inquisitivo no processo penal, utilizava-se o modelo da prova tarifada ou sistema legal de provas, no qual o legislador valorava previamente as provas de forma fixa e imutável (PACELLI, 2017, p. 346).

Atualmente, prevalece, teoricamente, o sistema acusatório, em que o juiz pode escolher livremente pela prova que melhor lhe convenceu, instituindo o modelo do livre convencimento motivado ou da persuasão racional.

Para finalizar a temática, outro ponto merece ser destacado, ante sua imprescindibilidade no estudo desse tema, é a diferenciação entre a prova e os elementos de informação ou evidências.

### **2.3 Diferenças entre provas, elementos de informação e indícios**

A prova, os elementos de informação e os indícios possuem uma série de similaridades entre si, chegando a se confundirem uns com os outros em alguns

momentos, porém, merece ainda mais destaque as suas substanciais diferenças, principalmente no tocante à valoração probatória.

Começando pelo de menor valor probatório, os indícios constituem, de acordo com Nucci (2015, p. 261), “um fato secundário, conhecido e provado, que tendo relação com o fato principal, autorize, por raciocínio indutivo-dedutivo, a conclusão de outro fato secundário ou outra circunstância”. Assim, são consideradas provas indiretas por não terem nenhuma relação direta com o fato em questão, mas sim com diversos outros que estejam ao seu redor e que portanto podem levar a deduzir o que aconteceu na questão principal.

Quanto ao seu valor probatório, o indício de maneira isolada não significa nada, sendo insuficiente para sustentar a instauração de uma ação penal, muito menos uma condenação. Porém, com um alinhamento de indícios no mesmo sentido surge um valor probatório significativo, e, diante da ausência de provas, pode sustentar uma condenação.

Já os elementos informativos se diferenciam das provas basicamente pelo momento processual em que cada um é produzido, pois a prova necessariamente tem que ser produzida em juízo, em razão da necessidade de ser submetido ao contraditório e a ampla defesa, enquanto aqueles vem à tona durante procedimentos administrativos investigatórios

O art. 155 do Código de Processo Penal demonstra que as provas cautelares e urgentes excepcionam essa regra. Isso ocorre em razão das suas respectivas naturezas, por não poderem aguardar a morosidade do processo, sob pena de serem inutilizadas ou se perderem.

Esses elementos de informação, geralmente colhidos em inquéritos policiais ou em procedimentos investigatórios criminais do Ministério Público, tem o seu valor probatório condicionado a sua reprodução em juízo, com a finalidade de que sejam submetidos ao contraditório e a ampla defesa, e assim possam subsidiar uma condenação.

No entanto, a prova em si, conforme trabalhado no subtópico anterior, é a que possui maior valor probatório, sendo ela produzida essencialmente em juízo perante o magistrado que oportunizará o contraditório e a ampla defesa, salvo a exceção já indicada. Apesar disso, não possui natureza absoluta, visto que se ela não estiver em

conformidade com as outras provas do processo, não será capaz de subsidiar uma condenação.

Assim a conclusão que se chega a partir dessa análise é que todos os conceitos trabalhados, apesar das inúmeras diferenças, possuem algum valor probatório, mas nenhum deles possui valor probatório absoluto.

#### **2.4. Princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas**

De acordo com os ensinamentos de Nestor Távora e Alencar Rosmar (2018), o atual ordenamento jurídico brasileiro permite, em regra, todos os meios de prova, prevalecendo a liberdade probatória. A exceção se resume àquelas obtidas por meios ilícitos, em virtude do que dispõe o art. 5º, LVI, da Constituição Federal que institui o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas.

Tal proibição, inclusive, não constitui apenas mais um princípio ou uma garantia fundamental prevista na Carta Magna, é o “guião mestre” dos princípios penais constitucionais e representa que, na “conveniência das liberdades, o equilíbrio desejado vem ao sabor de uma preservação mínima de garantias, reunidas no processo justo” (VALLE FILHO, 2004).

Ademais, o princípio denota que não é aceitável o acusado ser punido sem o devido processo legal, mesmo que tal medida tenha potencial de alcançar a verdadeira justiça (TÁVORA e ROSMAR, 2017, p. 79). Portanto, vislumbra-se como um necessário escudo de proteção dos cidadãos contra um Estado e uma sociedade punitivista que acredita fielmente na máxima dos fins justificando os meios.

Os diplomas legais vigentes, seguindo o mesmo sentido da Constituição Federal, passaram a tratar todas as provas obtidas por meio da violação de princípios ou leis como ilícitas. Porém, a doutrina ainda ressalva a anterior divisão de nomenclaturas, separando essas provas entre ilícitas e ilegítimas, tendo em vista que esta diferenciação guarda uma importante distinção que auxilia na compreensão.

A prova ilícita, além de possuir um sentido amplo no qual figura como gênero e engloba a prova ilegítima, também possui um sentido restrito representando apenas aquelas provas que apresentam violações a normas de cunho material ou constitucional penal. Já as provas ilegítimas possuem um único significado, surgindo quando são violadas regras de direito processual na sua produção em juízo.



Luiz Flávio Gomes (2009b), faz um destaque sobre a relação indissociabilidade desse conceito de prova ilegítima com o momento de produção dessa prova, afirmando que ela deve necessariamente ser constituída dentro do processo penal por se tratar de uma prova de natureza endoprocessual.

Assim, quando a produção dessa prova viola regras processuais e é realizada fora da esfera judicial, sendo conduzida na esfera administrativa pela autoridade policial ou pelo *parquet*, como ocorre, por exemplo, com os meios de obtenção de prova abordados no presente trabalho, tratam-se de provas ilícitas – *stricto sensu*. Isso se justifica, de acordo com o citado autor, pois nesses casos não se violam apenas regras de direito processual, mas também se violam necessariamente garantias constitucionais como a privacidade e inviolabilidade do domicílio.

É importante salientar que, além das provas ilícitas serem inadmitidas, as provas decorrentes dessas também devem ser igualmente excluídas do processo. Isso ocorre em virtude da incorporação da teoria dos frutos da árvore envenenada, originário da Suprema Corte Americana, ao nosso ordenamento jurídico.

De acordo com Nestor Távora e Alencar Rosmar (2018, p. 627), apesar de já ser previamente aplicada pela jurisprudência e doutrina brasileira, apenas em 2008, com a reforma promovida pela Lei nº 11.690/2008, é que a teoria foi incorporada ao Código de Processo Penal.

A positivação desse instituto se deu pela inclusão do § 1º do art. 157 no mencionado diploma, que passou a dispor que “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por fonte independente das primeiras.”

Levando em consideração que as provas ilícitas – *lato sensu*, bem como as derivadas delas são as únicas provas inadmitidas no processo penal brasileiro, observa-se que há uma grande variedade de meios de provas sendo utilizadas diariamente, sejam elas reguladas por lei (típicas) ou não (atípicas).

Com a finalidade de proporcionar que elas sejam colhidas e conhecidas, o Estado utiliza mecanismos de investigação que, em algumas situações, trazem questionamentos acerca do choque entre direitos como o da privacidade e o da verdade real ou da efetividade da jurisdição penal.

## 2.5 Os meios de obtenção de prova

As provas podem ser produzidas e obtidas de diferentes maneiras de acordo com as especificidades dos casos concretos.

Sendo assim, verifica-se que algumas exigem um esforço maior da máquina estatal em detrimento de outras. Por exemplo, enquanto a prova testemunhal ou a confissão podem ser produzidas na própria audiência de instrução com o mero comparecimento e a oitiva dos agentes envolvidos, outras provas demandam o uso de tecnologias e a utilização de força policial para serem viabilizadas, como nas interceptação telefônica e nas buscas e apreensões, respectivamente.

Esses mecanismos citados possuem caráter excepcional e são utilizados apenas em casos de extrema necessidade para a investigação penal, quando não há outra forma de obtenção da prova ou como forma de garanti-la. A excepcionalidade dessas medidas se justifica em razão delas constituírem uma verdadeira privação de direitos e garantias individuais do investigado, permitidas especialmente em determinados casos em prol de um bem maior que é o interesse público em se obter efetividade nas investigações criminais e do dever de proteção do Estado sobre os indivíduos.

Mesmo assim, nota-se inclusive a preocupação do Estado em amenizar os danos dessas mitigações, regulamentando esses métodos de investigação por lei, impondo requisitos e estabelecendo procedimentos, bem como exigindo uma justificação específica prévia para cada investigação, que se dará por meio de uma decisão judicial.

Desta forma, percebe-se que o Estado não abriu mão completamente das garantias fundamentais da inviolabilidade domiciliar e do sigilo das telecomunicações, permitindo mitigações desses princípios em situações específicas, e em caso de atendimento aos requisitos legais, com a finalidade de alcançar a efetividade da justiça penal. Com a solução encontrada, nenhum dos princípios conflitantes nessa celeuma foi suprimido em detrimento do outro, permitindo assim a coexistência de ambos.

### 2.5.1 Busca e apreensão domiciliar

O processo penal se manifesta, por diversas vezes, como um limitador de direitos e das liberdades individuais dos cidadãos. São muitas as situações em que esse quadro se manifesta, sendo o mais evidente a privação da liberdade dos sujeitos

que cometem crimes graves. Nesse caso, ocorre a restrição do direito constitucional de ir e vir dos condenados em razão da busca de garantir os fins do direito penal, principalmente, o estabelecimento da paz social.

Portanto, conclui-se que esta atuação do processo é um mal necessário, pois, de acordo com Ana Maria Campos (2004, p. 19), a liberdade só pode ser plenamente exercida caso haja algumas limitações, sob pena da liberdade excessiva inviabilizar a liberdade do outro.

Apesar dessa situação ser mais clarividente, essas limitações não se restringem ao direito de locomoção, estendendo-se para outras garantias constitucionais como a inviolabilidade do domicílio, desta vez, com a finalidade de garantir a efetividade nas investigações criminais.

Ao tratar sobre esse direito, o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988, dispõe que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Desta forma, verificamos que o constituinte vislumbrou a importância de destacar em quais hipóteses fáticas esse direito pode ser relativizado, incluindo, dentre elas, a determinação judicial.

A partir desse último ponto surge a principal fonte de legitimidade da busca e apreensão em domicílios, sendo esta complementada pelo Capítulo XI do Código de Processo Penal que traz disposições acerca deste instrumento essencial nas investigações e instruções criminais.

Assim como no instituto da prova, os meios de obtenção de prova também possuem múltiplos sentidos. Segundo Nestor Távora e Alencar Rosmar (2018, p. 753), esse instituto jurídico pode funcionar como meio de prova em si, a exemplo da apreensão de entorpecentes para configurar o crime de tráfico; como meio de obtenção de prova, como é o caso da busca e apreensão e a interceptação telefônica; E, por último, como medida instrumental cautelar probatória, quando há a busca para assegurar a viabilidade de produção de uma prova futura.

No presente trabalho, faz-se mais pertinente versar sobre a busca e apreensão como meio de obtenção de provas, levando em consideração que o foco é o momento do encontro de fortuito de provas – serendipidade.

Conforme pontuado anteriormente, tanto a legislação constitucional quanto a infraconstitucional estabeleceram balizas indispensáveis para a realização desse

procedimento, sendo elas a ordem judicial escrita e fundamentada (art. 5º, XI, CF); a indicação de lugar, dos motivos e da finalidade da diligência de forma precisa (art. 243, CPP); o cumprimento diurno da diligência, salvo consentimento do morador; e o uso da força e do arrombamento apenas quando em caso de desobediência, ou em caso de ausência do morador ou qualquer pessoa no local (art. 245, §§ 3º e 4º) (PACELLI, 2017, p. 448).

O primeiro requisito apontado se manifesta através do conhecidíssimo mandado de busca e apreensão, que é assinado pelo magistrado competente após ser provocado por uma das partes ou de ofício. Esta última atuação representa um traço do modelo inquisitorial do nosso processo penal, tendo em vista que o juiz determina a elaboração da prova, o que é bastante criticado em razão de ser o mesmo magistrado que irá julgar a lide ao final do processo.

Nesta decisão, caberá ao juiz cumprir a segunda baliza indispensável da busca e apreensão, ou seja, a indicação do lugar, dos motivos e da finalidade da diligência de forma precisa, o que se justifica, pois o mandado não pode configurar como um “cheque em branco”, devendo o juiz delimitar os limites da diligência o que não pode ser delegado à autoridade policial. (TÁVORA e ROSMAR, 2017, p. 757).

No mesmo sentido, Ana Maria Campos (2004, p. 92) frisa a necessidade da busca não se afastar da sua finalidade, pois “não há buscar por buscar, sem saber o quê nem porquê (...)”

Almeja-se com esse requisito, evitar produção de mandados genéricos, que dão margem para o uso da discricionariedade e, conseqüentemente, arbitrariedades. Inclusive esse tipo de mandado foi recentemente considerado ilegal pelo STF, declarando ilícitas as provas colhidas em determinada operação. No julgamento, o ministro Celso de Mello proferiu em seu voto que

o Código do Processo Penal, em seu artigo 243, exige que do mandado de busca e apreensão conste sempre que possível o local objeto da busca. Essa é uma medida invasiva, intrusiva. O objetivo da legislação é proteger o indivíduo em face da opressão do poder. (STJ, 2018, online)

O procedimento legal que deve ser seguido na utilização desse meio de prova, deve observar algumas etapas sucessivas. Com exceção da hipótese em que aquele é determinado de ofício pelo magistrado competente, o juiz avaliará o requerimento da autoridade policial que solicitou a busca e apreensão, analisando a presença dos seus pressupostos legais. Após esse momento, sendo cabível a sua utilização, será

expedido o mandado de busca e apreensão indicando todas as especificidades e limites da busca, conforme trabalhado anteriormente, com a finalidade de que a ordem seja cumprida pelos policiais.

Os agentes designados para o cumprimento do mandado judicial deverão comparecer até o local indicado durante o dia, até o crepúsculo, intimarão o morador a abrir a porta, e, apenas em caso de negativa, será utilizada a força necessária sobre a pessoa ou a coisa. Caso o morador não esteja no local, os policiais devem solicitar a alguém ou um vizinho que os acompanhem durante a operação. Por fim, realizada a diligência, deverão elaborar um auto circunstanciado do ocorrido, assinado por duas testemunhas presenciais, especificando, inclusive, os objetos apreendidos. (BRITO e LIMA, 2016, p. 206)

Ante todo o exposto, nota-se que a busca e apreensão já estabelece previamente qual a prova é buscada, indicando-a no próprio mandado judicial. Situação diferente da idealizada pelas leis que regulam esse instituto, ocorre no fenômeno da serendipidade, quando são encontradas provas ao acaso, que o Estado não sabia da existência, e, portanto, não previstas na decisão autorizadora.

### *2.5.2 Interceptação telefônica*

Dentre as garantias fundamentais elencadas no rol do art. 5º da Constituição Federal também está presente a inviolabilidade das comunicações telefônicas. Com isso, a Carta Magna ampliou expressamente o alcance do direito à privacidade estabelecendo que ele também está presente nas telecomunicações.

Entretanto, cabe destacar que o mesmo inciso XII que positiva essa garantia, estabelece uma hipótese excepcional em que é permitida a sua mitigação, as interceptações telefônicas:

É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Essa medida excepcional, na prática, segundo Oliveira (2018), “se resume na obtenção de conversa realizada por terceira pessoa, existindo, portanto, o desconhecimento dos interlocutores”. Já através da ótica processual do instituto, ele configura-se enquanto, “uma operação técnica que coloca à disposição do magistrado a materialização da comunicação telefônica” (TÁVORA e ROSMAR, 2019, p. 767).

Outro ponto relevante a ser trabalhado é que esse instrumento de investigação gera uma divergência na doutrina quanto a sua natureza jurídica, sendo discutido se ele figura enquanto um meio de obtenção ou de medida cautelar, revelando apenas a primeira de uma série de similaridades com a busca e apreensão.

Além dessa semelhança, cabe destacar outro ponto de convergência com a busca e apreensão. Trata-se do caráter de excepcionalidade do mecanismo, tendo em vista que a interceptação também é um meio que viola uma garantia individual, nesse caso, a inviolabilidade das comunicações telefônicas. Outra similaridade surge na necessidade de uma ordem judicial prévia e fundamentada proferida pelo órgão jurisdicional competente, o que pode acontecer após representação da autoridade policial, depois do requerimento do Ministério Público ou, instaurado o processo, de ofício.

Todavia, esse mecanismo regulado pela Lei n.º 9.296/96 – Lei das Interceptações Telefônicas, exige uma série de especificidades a mais que restringem bastante o seu campo de atuação, a começar pelo fato de que ela só é possível de ser utilizada em investigações criminais ou instruções processuais penais.

Ademais, com base em uma interpretação a *contrário sensu* do artigo 2º da mencionada lei, é necessário que estejam presentes indícios razoáveis de autoria ou participação dos interceptados no crime (inciso I), que a prova não possa ser feita por outros meios disponíveis (inciso II), e por fim, que o fato criminoso deva ser punido com pena de reclusão (inciso III).

Quanto ao *modus operandi* da interceptação, devemos iniciar essa análise a partir da Lei n.º 9296/96. Ela prevê que todo o procedimento se inicia após a decisão do magistrado autorizando à interceptação telefônica, quando então a autoridade policial estará apta a requisitar às concessionárias de serviço público de telefonia os serviços técnicos necessários para a operação.

Iniciada a operação, de acordo com a literalidade do art. 5º, esta não poderia exceder o prazo máximo de 15 dias, permitindo apenas uma renovação por igual tempo, caso comprovada a indisponibilidade do meio de prova. Porém, o dispositivo foi relativizado pela jurisprudência do STJ, que através do informativo 491, publicou:

(...) as interceptações telefônicas podem ser prorrogadas sucessivas vezes pelo tempo necessário para a produção da prova, especialmente quando o caso for complexo e a prova, indispensável, sem que a medida configure ofensa ao art. 5º, caput, da Lei n. 9.296/1996. Sobre a necessidade de fundamentação da prorrogação, esta pode manter-se idêntica à do pedido

original, pois a repetição das razões que justificaram a escuta não constitui, por si só, ilicitude (...)" (STJ, 2017, online)

Finalizada, o conteúdo captado deverá ser transcrito quando possível, bem como é necessário que seja elaborado um auto circunstanciado com o resumo das operações realizadas.

Após analisadas as características mais relevantes desse meio de obtenção de prova, torna-se imprescindível abordar um elemento essencial para que ela ocorra dentro dos ditames estabelecidos pela legislação: o sigilo.

Tendo em vista que o próprio mecanismo já configura uma violação da inviolabilidade das comunicações telefônicas do indivíduo investigado, caso o conteúdo interceptado extrapolasse a esfera da investigação, ocorreria um dano ainda maior à privacidade. Desta forma, o sigilo alcança tanto as diligências realizadas, quanto as gravações e as respectivas transcrições.

Inclusive a própria Lei, no art. 10º, traz um novo tipo penal específico que inclui a conduta de quem quebra o segredo de justiça das interceptações telefônicas. A pena é de 2 a 4 anos de reclusão, punição muito superior ao crime pelo qual o agente seria punido se essa violação não envolvesse interceptações telefônicas – detenção de seis meses a dois anos de acordo com art. 324 do Código Penal, o que demonstra uma maior preocupação do legislador em remediar essa conduta ilícita.

Para se entender a importância desse mecanismo, nada melhor que analisar o contexto em que ele foi introduzido ao nosso diploma jurídico. Seguindo esse método, cabe pontuar que na mesma medida em que a criminalidade aumenta, os crimes passam ser mais sofisticados fazendo com que surjam novas barreiras dificultando a elucidação dos fatos delituosos.

Nesse mesmo cenário, verificou-se o surgimento de entidades com divisão de tarefas cujo objetivo é cometer crimes. Esses grupos são denominados pela legislação pátria de organizações criminosas e cada vez mais se especializam no cometimento de crimes, aperfeiçoando-se, principalmente, na ocultação de provas ou de elementos que possam vir a detectar as respectivas autorias.

Por essa perspectiva, tomando como verdade a famosa máxima jurídica de que o crime sempre está um passo à frente do direito, a polícia investigativa e a instrução processual não poderiam ficar estáticas no tempo utilizando-se dos mesmos métodos de investigação utilizados no passado. Faz-se necessário, portanto, que o Estado

utilize da tecnologia a seu favor, justamente o que ocorreu no caso das interceptações telefônicas há cerca de duas décadas.

Da mesma forma em que a busca e apreensão no presente trabalho será tratada como meio de obtenção de prova, o mesmo acontecerá com a interceptação eletrônica. Ao serem tratados desta forma, surgirão inúmeros pontos acerca da serendipidade a serem discutidos.

Esse fenômeno do encontro fortuito de provas nas interceptações telefônicas ocorre, inclusive de forma muito mais frequente do que na busca e apreensão, pois, como já mencionado anteriormente, aquelas perduram por até 15 dias, podendo ser prorrogadas inúmeras vezes desde que fundamentadas, conforme permite a jurisprudência do STJ.

Desta forma, as autoridades policiais tem acesso a tudo o que é tratado pelo investigado via telefone, tendo acesso, inevitavelmente, às conversas que não estavam relacionadas ao delito apurado. Por meio dessas comunicações, em determinados casos, obtém-se provas de outros crimes diferentes daquele investigado, fazendo surgir a serendipidade.



### 3. O FENÔMENO DA SERENDIPIDADE

A serendipidade é um tema bastante polêmico a contar dos seus primeiros passos. A doutrina se divide ao tratar dos conhecimentos fortuitos desde a sua natureza jurídica, tendo em vista que alguns pensadores os tratam enquanto teoria, já outros os abordam como princípio.

Eugênio Pacelli (2017, p. 371) é adepto da primeira corrente, tratando o tema como uma teoria dentro das hipóteses da aplicação do princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas, já Nestor Távora e Alencar Rosmar (2018, p. 636) o apresenta como um princípio que exige a presença de certos requisitos para se manifestar.

Por uma terceira via, Aury Lopes Jr. (2015, p. 394), realizando uma análise mais crítica, não o coloca em nenhuma das prateleiras, tratando-o como uma quebra do princípio da especialidade da prova, conforme será melhor abordado posteriormente.

Para surgir, o fenômeno observado exige a presença de dois requisitos. O primeiro se trata da “fortuitidade” e significa que não basta que haja uma descoberta diversa do objeto pretendido pelo meio de obtenção de prova, pois se já tinha ciência da possibilidade de encontrar essa nova prova, a descoberta não foi acidental, mas proposital, por se tratar de uma descoberta previsível e não espontânea.

Já o segundo, refere-se a “não vinculatividade” que implica na ideia de que, obviamente, o encontro não pode tratar de fato inserido no mesmo contexto histórico do fato investigado e que originou a atuação do mecanismo de obtenção de prova. (LOPES AB, 2013)

Ademais, a serendipidade é subdividida em classificações criadas pela doutrina facilitando seu entendimento e auxiliando na discussão acerca da admissibilidade das provas encontradas dessa forma. A primeira categorização se refere aos graus da serendipidade, podendo ela ser de 1º grau ou de 2º grau.

A de 1º grau se refere a descoberta por acaso de provas acerca de fatos conexos ou continentes ao crime anteriormente investigado ou, como Luiz Flávio Gomes (2009a) discorre de forma mais simplificada, quando as provas se referem a crimes que estão na “Historischen Lebenssachverhalt”, ou seja, no mesmo cenário histórico de vida do crime previamente investigado.

Para completar o entendimento desse conceito, devem ser analisados os dispositivos do Código de Processo Penal que trazem as hipóteses de conexão e continência ao longo dos arts. 76 e 77.

Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

- I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;
- II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;
- III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

Art. 77. A competência será determinada pela continência quando:

- I - duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração;
- II - no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 1º, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal.

Através das mencionadas disposições, extraem-se as espécies desses institutos processuais, sendo a conexão classificada quanto intersubjetiva, objetiva ou instrumental. A intersubjetiva se manifesta por concurso, por reciprocidade ou por simultaneidade dos crimes (inciso I), já a objetiva, também conhecida como lógica ou material, ocorre por meio da facilitação, ocultação ou garantia da manutenção da vantagem do outro crime (inciso II). Por fim, a instrumental, denominada igualmente de probatória ou processual, acontece quando a prova de uma infração ou suas circunstâncias elementares influir na prova de outro crime (inciso III).

Por sua vez, a continência se subdivide apenas em subjetiva, quando há uma acusação de duas ou mais pessoas pela mesma infração (inciso I), e em objetiva, quando a infração é cometida em concurso formal, na *aberratio criminis* ou *aberratio ictus* (inciso II). (GOMES, 2008)

Um exemplo de serendipidade de crimes conexos se manifesta quando se investiga um crime de homicídio, buscando provas deste delito, mas o que se encontra fortuitamente é um elemento relacionado à ocultação de cadáver (conexão objetiva). Já a serendipidade de crimes continentes aconteceria se nesse mesmo caso fossem descobertas provas da coautoria do mesmo crime de homicídio (continência subjetiva).

Na serendipidade de 2º grau, a definição se dá a *contrário sensu*, pela via residual, sendo exatamente o oposto da de 1º grau. Ou seja, versa sobre o encontro fortuito de provas acerca de fatos não conexos ou continentes, isto é, que não fazem parte da mesma situação histórica de vida do delito investigado, utilizando-se do termo posto por Gomes.

Trazendo uma ilustração do que seria essa espécie serendipidade, aponta-se o clássico exemplo de uma busca e apreensão de entorpecentes em um domicílio em que são encontradas provas documentais que apontam o crime de sonegação fiscal.

Há, ainda, uma outra classificação da serendipidade que se refere apenas à prova fortuitamente descoberta. Caso a prova indique a existência de um novo crime, trata-se de uma serendipidade objetiva, e na hipótese da prova revelar um novo autor do mesmo crime investigado, existe uma serendipidade subjetiva.

Essas são as principais características desse fenômeno, no qual ele foi analisado de maneira isolada. A partir do presente momento, serão abordados outros temas paralelos que se entrelaçam com a serendipidade e auxiliam no entendimento da discussão acerca da admissibilidade provas encontradas ao acaso.

#### **4. FIXAÇÃO DE PARÂMETROS JURISPRUDENCIAIS PARA SITUAÇÕES ESPECÍFICAS DA SERENDIPIDADE**

Após a apresentação da serendipidade e as suas principais características, faz-se necessário apontar que não existem normas no ordenamento jurídico brasileiro que regulamentem especificamente esse fenômeno. Assim, todas suas implicações e consequências jurídicas são extraídas pela doutrina e pela jurisprudência a partir do estudo dos princípios e dispositivos da teoria das provas.

A partir desse quadro, surgiram diversos entendimentos acerca da serendipidade, principalmente no tocante a admissibilidade das provas fortuitas, o que gerou a prolação de decisões judiciais conflitantes a respeito do tema. Dessa maneira, em um cenário de insegurança jurídica, surgiu um movimento das cortes superiores no sentido de estabelecer parâmetros de admissibilidade das provas encontradas ao acaso em cada situação específica, ante as peculiaridades de cada uma delas.

Assim, a jurisprudência brasileira pacificou o entendimento acerca da admissibilidade das provas colhidas sob o manto da serendipidade, utilizando-se de determinados parâmetros para cada situação peculiar, conforme será exposto a seguir.

##### **4.1 Crimes conexos**

Levando em consideração que a admissibilidade das provas fortuitas começou a ser discutida no Brasil há pouco tempo, deve-se observar como países que já debateram de forma a intensa essa celeuma resolveram-na.

Desta forma, observa-se que países como Alemanha, Itália e Espanha, adotaram o critério da conexão para fins de admissibilidade das provas fortuitamente descobertas, entendendo ser essa a melhor solução encontrada para o caso, ou seja, passaram a aceitar as citadas provas sob o fenômeno da serendipidade de 1º grau. (GOMES, 2009a)

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal pôs fim a controvérsia existente nos órgãos jurisdicionais brasileiros e pacificou o entendimento no mesmo sentido da mencionada jurisprudência internacional, adotando também o critério da presença da conexão para admissibilidade dessas provas fortuitas. Tal posicionamento foi firmado através do Habeas Corpus n. 83.515/RS, conforme o seguinte trecho do acórdão:

(...)

5. Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações coletadas nessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação. (...) (STF, 2015, PACELLI, 2017)

A partir desse trecho, nota-se que o STF foi além e passou a permitir, inclusive, a utilização de provas de crimes punidos com detenção, colhidas por meio da interceptação telefônica, o que, teoricamente, não poderia acontecer por vedação legal expressa conforme o art. 2º, inciso III, da Lei 9.296, sofrendo assim várias críticas.

Apesar da jurisprudência estabelecer o critério da conexão como requisito de admissibilidade dessas provas, as mesmas estão sujeitas a procedimentos formais de validade.

Após ser captada, no caso da interceptação telefônica, ou encontrada, no caso da busca e apreensão, deverá haver a comunicação por parte da autoridade policial ao juiz competente revelando a descoberta de infração penal conexa ou continente para que sejam tomadas as cautelas necessárias à autorização do órgão para realizar o processamento e o julgamento do fato (TÁVORA e ROSMAR, 2018, p. 636).

Além disso, destaca a doutrina de Nestor Távora e Alencar Rosmar que a validade também está condicionada ao entendimento do magistrado de que a prova descoberta indica fato que segue o “desdobramento histórico” do crime que é investigado, na medida dos limites impostos na decisão autorizadora do meio de obtenção de prova.

Sobre as consequências procedimentais que surgem em razão da serendipidade de 1º grau, caso a interceptação telefônica ou busca e apreensão tenha sido instaurada durante a fase de investigação criminal, poucas mudanças acontecerão, tendo em vista que ainda não há a instauração da ação penal. Desta forma, a prova encontrada fortuitamente já servirá como base para a elaboração da denúncia pelo Ministério Público, que já incluirá o novo crime em conjunto com a infração penal previamente investigada na peça acusatória

Situação diversa ocorre quando a prova da prática de um novo crime surge durante a instrução penal, tendo em vista que já existe uma ação penal em curso, cujo o objeto não inclui esse novo delito. Nesse momento, é necessário que o Ministério Público recorra ao instituto do aditamento da denúncia.

Esse ato praticado pelo *parquet* pode ser realizado em qualquer momento do processo penal, desde que haja, de acordo com o STJ, a presença de um único pressuposto: o surgimento de um fato novo, que é justamente a situação explanada no presente trabalho.

Assim, após recebido o aditamento da denúncia, será ofertado um novo prazo para que a defesa apresente a resposta à acusação, oportunizando, assim, o contraditório, para que o curso processual prossiga normalmente, com a finalidade de que ambos os crimes sejam julgados em uma única sentença.

Por fim, outro ponto que merece destaque se pauta na necessidade de um requisito no traslado de elementos de informação ou provas fortuitas para uma ação penal, inclusive é um requisito comum com o instituto da prova emprestada.

Trata-se da indispensável presença da identidade de sentidos, pois, de acordo com Anderson Bezerra Lopes (2013, p. 109), deve existir uma identidade entre o sentido do termo “prova” em ambos os procedimentos, assim, caso a prova encontrada de forma fortuita seja apenas um elemento de informação, ela será utilizada em outro procedimento ou processo com esse mesmo *status*.

#### **4.2 Crimes não conexos e não continentes**

Em relação a serendipidade de 2º grau, ou seja, o fenômeno que abarca a descoberta de novos crimes que não guardam nenhuma relação de conexão ou continência com o anterior, esta recebe um tratamento diferenciado pela jurisprudência.

Enquanto a informação colhida sob a serendipidade de 1º grau possui *status* de prova, sendo capaz de ser utilizada como fundamento de uma sentença condenatória, a de 2º grau é considerada uma prova inválida, funcionando apenas como uma fonte de prova, razão pela qual é denominada de elemento de informação.

Assim, só possui o condão de dar origem a uma *notitia criminis* e provocar uma possível instauração de um procedimento investigatório. (TÁVORA e ROSMAR, 2018, p. 637)

Inclusive há um dispositivo do Código de Processo Penal que evidencia a ausência de força probatória desses elementos de informação colhidos da serendipidade de 2º grau. Refere-se ao já apresentado art. 155, o qual dispõe que

o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas

Quanto a essas afirmações, este é o entendimento atual do STJ, que, por meio do acórdão redigido pelo Ministro Rogério Schietti Cruz no julgamento do Recurso Especial nº 1648439 SP 2017/0008392-5, proferiu:

(...) cuidando da serendipidade de segundo grau, os fatos investigados nas interceptações de fls. 3675/3693 do Apenso, podem eventualmente, vir a servir como fonte de prova (*notitia criminis*) para fundamentar uma nova investigação, razão pela qual não pode ser acolhido o pleito defensivo de destruição dessa prova. (STJ, 2017, online)

Porém, nessa situação é importante destacar que a colheita da prova não especificada no mandado deve ser realizada de acordo com o preenchimento de procedimento formal. De acordo com Nucci (2015, p. 283), é necessário que o policial ao encontrar uma prova de forma acidental, primeiramente, preserve o local onde as elementos foram encontradas e solicite ao juiz plantonista a autorização legal para apreendê-los.

#### **4.3 Crimes permanentes em situação de flagrância**

Antes de adentrar na perspectiva dos posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários acerca da serendipidade envolvendo crimes permanentes em situação de flagrância durante buscas e apreensões, devem ser abordados alguns ditames previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal que são imprescindíveis para a compreensão do tópico.

Conforme já trabalhado anteriormente, a nossa Carta Magna estabelece a inviolabilidade do domicílio enquanto uma das cláusulas pétreas do nosso ordenamento jurídico. No entanto, estabelece no mesmo dispositivo ressalvas a esta garantia fundamental como, por exemplo, a determinação judicial durante o dia, que serve como fundamento para a busca e apreensão. Da mesma maneira, também estabelece outra excepcionalidade, a situação de flagrância, assunto que torna-se pertinente para ser estudado no presente momento.

Segundo o art. 302, II, do Código de Processo Penal, encontra-se em flagrante delito quem está cometendo a infração penal. Nos casos de crimes permanentes, o

conceito de flagrância, complementa-se com o art. 303 do mesmo ordenamento, que dispõe no sentido de que essa situação dura enquanto não cessar a permanência.

Essas implicações jurídicas trazem consequências diretas para o fenômeno da serendipidade analisada nesse momento, pois concede legitimidade para as provas fortuitas encontradas nesse cenário, em razão de alterar o fundamento que a torna legítima.

Isso se justifica, pois a principal tese que fundamenta as teorias acerca da inadmissibilidade das provas fortuitas está justamente fundamentada no rompimento do caráter vinculativo da autorização judicial que permite a obtenção da prova. Assim, a partir do momento que esse novo fato jurídico – estado de flagrante - confere legitimidade à ação policial, a decisão judicial deixa de ser a fonte legitimadora tornando incabível a referida crítica nessa situação.

Trazendo para um caso concreto, no momento em que há uma busca e apreensão domiciliar com a finalidade de encontrar provas de um crime de homicídio e encontram-se entorpecentes, não cabe a alegação de que esta prova fortuita seria ilícita em virtude do mandado de busca e apreensão não se dirigir a ele, pois, nesse momento a invasão domiciliar passa a ser legítima pela existência do cometimento de um crime em flagrante.

A autora Flavia Trevisan (2013, p. 114) corrobora com a ideia, quando exemplifica com uma situação em que há uma busca e apreensão de documentos para se investigar uma possível sonegação de imposto e são encontradas armas de fogo e munições no local, demonstrando que serão admitidas as provas desse último crime, pois não seria necessária autorização judicial do domicílio, não existindo impedimento para a apreensão do objeto, mesmo que não mencionado no mandado.

Nota-se que passa inclusive a ser dispensado o critério da conexão para a utilização como prova, o que também ocorre em virtude da mudança de fundamento que legitima a obtenção dessa prova.

Esse é o entendimento das Cortes Superiores brasileiras, inclusive este é exarado no julgamento do RHC nº 41.316, através do seguinte trecho do acórdão proferido:

(...)

6. Embora o escopo do mandado de busca e apreensão não fosse a localização de armas e munições, eis que somente almejou detectar o artefato bélico empregado no crime de roubo circunstanciado, descrito no requerimento policial, encontrando-se fortuitamente os objetos citados,



indicativos de outro delito, de cunho permanente, possível se mostra o flagrante pelos policiais, que não se descuraram da sua função pública, atuando prontamente ao novel crime quando em busca de elementos delitivos de outro feito. (...) (STJ, 2014, online)

Essa hipótese de serendipidade se manifesta com mais frequência no cenário de busca e apreensão, em virtude da natureza dos crimes permanentes, porém esta situação também pode ocorrer na interceptação telefônica desde que o crime possa ser executado verbalmente. Um exemplo do que pode acontecer é a captação de uma ameaça durante uma interceptação telefônica.

#### **4.4 Inclusão de terceiros**

Os meios de obtenção de prova analisados, principalmente a interceptação telefônica, permitem o ingresso da autoridade policial na privacidade do investigado de forma bastante profunda.

Assim, tomando como exemplo esse mecanismo de investigação, a autoridade policial, ao passar dias tendo acesso as ligações telefônicas realizadas pelo investigado, possui uma boa probabilidade de obter informações sobre o cometimento de crimes, tais como *modus operandi*, ocultação de provas e, principalmente, a coautoria ou participação de terceiros.

Apesar de menos frequente, a presente situação também ocorre nas buscas e apreensões, haja vista que esse meio de prova possa ocorrer na casa de um indivíduo onde os demais moradores da residência também participaram do delito ou em situações em que os coatores estiveram na residência.

A situação apresentada nesse momento se intensifica no ambiente de grandes operações de combate aos crimes organizados, onde, por diversas vezes, parece ser quase impossível identificar as pessoas que integram facções e organizações criminosas, ante a sofisticação e a discrição na divisão de tarefas, passando a interceptação a ser o único meio capaz de alcançar o reconhecimento dos criminosos.

No entanto, apesar de compreender a importância da admissibilidade dessas provas, é preciso que haja uma limitação para que não sejam violados direitos de outrem.

Assim, a jurisprudência brasileira vem exigindo a presença de um elemento já conhecido para admitir a serendipidade em casos de inclusão de novos acusados que é a relação de conexão dos delitos em questão. Desta forma, só é possível

incluir novos acusados na situação em que eles estejam diretamente envolvidos no caso previamente investigado.

O acórdão do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 28.794, julgado no STJ, da lavra da relatora Ministra Laurita Vaz, traz esse entendimento:

A descoberta de fatos novos advindos do monitoramento judicialmente autorizado pode resultar identificação de pessoas inicialmente não relacionadas no pedido da medida probatória, mas que possuem estreita ligação com o objeto da investigação. Tal circunstância não invalida a utilização de provas colhidas contra terceiros (Fenômeno da serendipidade). Precedentes. (STJ, 2012, online)

O Supremo Tribunal Federal também se posicionou no mesmo sentido ao afirmar que “é admissível a apreensão de bens em poder de terceiros, morador do mesmo imóvel em que reside o investigado, quando interessarem às investigações, máxime diante de indícios de um liame entre ambos” (STF, 2014, online)

Apesar da jurisprudência uníssona, alguns doutrinadores, a exemplo de Guilherme Nucci (2015, p. 283), posicionam-se contra a obtenção de objetos pertencentes a terceiros mesmo com obediência dos trâmites legais e com a relação de conexão. O citado autor entende que só seria razoável a apreensão dos objetos encontrados que se relacionem com o autor, não sendo possível a apreensão de pertences bens relacionados a terceiros não investigados ou acusados, mesmo que haja autorização judicial para tanto.

#### **4.5 Crimes futuros**

O presente tópico pretende analisar o fenômeno da serendipidade nos casos em que são encontrados, fortuitamente, um elemento que evidencia a prática futura de um crime.

Geralmente, essa modalidade de serendipidade ocorre em um cenário no qual já foram praticadas seguidas condutas criminosas, geralmente em continuidade delitiva, e já se encontra encaminhada a prática de um novo delito nos mesmos moldes dos anteriores.

Um exemplo se configura quando uma interceptação telefônica revela conversas entre membros de uma organização criminosa que atua explodindo caixas eletrônicos, e, em determinado momento, explicita informações sobre como acontecerá o próximo crime.

Nesse momento, deve-se atentar para as fases do cometimento de crime – *inter criminis* ou “caminho do crime”, para uma melhor compreensão das implicações dessa espécie de encontro fortuito. O autor Cleber Masson (2017, p.361) destaca que existem quatro fases do cometimento do crime, sendo elas: a cogitação (fase interna), a preparação, a execução e a consumação (fase externa).

Em virtude da existência do princípio da lesividade, a regra é que só se puna um delito quando se inicie a sua fase de execução, tendo em vista que o direito penal não deve se preocupar com condutas que fiquem apenas no plano das ideias indivíduos. No entanto, excepcionalmente, o legislador decidiu punir autonomamente alguns atos preparatórios, com a finalidade de criar mais uma barreira para o cometimento de determinados crimes.

Exemplos desses delitos, também chamados de “crimes-obstáculos”, são os de “fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico, ou asfixiante” (art. 253 do Código Penal), bem como os de realização de atos de execução do terrorismo (art. 5º, da Lei 13.260/2016). (MASSON, 2017, p. 363)

Informações encontradas fortuitamente a respeito desses crimes excepcionais servirão como prova em caso de crimes conexos e *notitia criminis* em casos de crimes não conexos, justamente, pela presença de um novo delito, devendo se observar o exposto nos tópicos “4.1” e “4.2”.

No entretanto, nos demais casos, onde não se pune os atos preparatórios, esta descoberta não poderá ser utilizada como prova nem elemento de informação, pois se trata de uma conduta atípica. Apesar disso, o Estado não poderá buscar uma condenação através de um processo penal, mas, por uma questão de interesse público, surge a obrigação estatal de intervir e evitar a prática do delito, mesmo que essa ação impeça que tal conduta seja criminalizada posteriormente.

Esse é o entendimento firmado pelo STJ no julgamento do HC nº 69.522, caso similar ao exemplo supracitado:

(...) no caso da descoberta accidental de crimes futuros. Nessa situação, deve a autoridade policial agir para impedir a prática delitiva da qual tiveram conhecimento, pois não pode o Estado quedar-se inerte em face de crime que vai ocorrer, ainda que não seja conexo (...) (STJ, 2007, online)

## 5. ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ENCONTRADAS AO ACASO

### 5.1 Correntes doutrinárias

Conforme narrado anteriormente, em virtude a inexistência de legislação que trate do tema central desse trabalho, a jurisprudência e a doutrina se desdobram e ganham papel relevante no sentido de estabelecer as consequências e implicações jurídicas desse fenômeno.

Assim, no atinente a esse tema, foram formadas duas correntes principais que dividem renomados doutrinadores em dois grupos com posições antagônicas, uns argumentando no sentido de não haver nenhum empecilho na utilização das provas encontradas ao acaso, e outros negam totalmente qualquer possibilidade de utilização destas.

Embora as mencionadas correntes recebam mais destaque, muito em razão da natureza radical dos seus posicionamentos, existem outras colocações estabelecidas pela doutrina que possuem um viés mais moderado em que se reconhece os fundamentos das correntes extremistas, e, em razão disso, busca-se um meio termo. Dentro dessa terceira via, ainda são encontradas algumas variações, existindo estudiosos que defendem uma maior flexibilidade e outros uma maior rigidez nos critérios de admissibilidade de provas encontradas ao acaso.

#### 5.1.1 *Valoração absoluta*

A corrente da valorização absoluta das provas obtidas fortuitamente é encabeçada pelo escritor Schunemann (apud. GÍRIA, 2010, p.45), que defende em sua obra que todas os conhecimentos acidentais são passíveis de serem valoradas desde que cumpridos os pressupostos legais.

O autor utiliza a mesma linha argumentativa que Paulo Rangel (1999), cuja principal tese aduz que a inadmissibilidade dessa prova seria “entendermos que o lícito adveio do ilícito”. Verifica-se que este autor busca estabelecer uma lógica reversa da teoria das provas ilícitas por derivação, pois enquanto nesta o que provém da ilicitude é ilícito, logicamente, o que vem da licitude também será lícito.

Nesse sentido, os doutrinadores defendem a possibilidade de utilização dessas provas em qualquer circunstância, tendo em vista que a atuação da autoridade policial nesses procedimentos está subsidiada pela lei e pela decisão judicial que a autoriza, configurando uma situação lícita.

Sendo assim, o agente público ao tomar conhecimento da prova de um crime passaria a ter o dever legal de utilizá-la para investigar esse novo delito, e, caso necessário, utilizaria a mesma para fundamentar uma ação penal e uma futura condenação.

O embasamento que sustenta esse entendimento é encontrado no artigo 6º do Código de Processo Penal, pois o dispositivo elenca quais condutas devem ser tomadas pela autoridade policial diante conhecimento do cometimento de um crime, estando, dentre elas, a ação de “colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias.”

Portanto, conclui-se que a situação narrada não constitui uma opção discricionária de atuação do agente policial que encontra a prova fortuitamente, sendo ele vinculado à literalidade do texto legal, devendo cumprir as obrigações do seu ofício que irão, em tese, tornar-se notícia-crime. Dessa forma, não há de se falar em ilicitude da prova, de acordo com o fundamento exposto por ambos os autores mencionados anteriormente.

Outra argumentação que é sustentada no sentido de permitir a utilização de provas encontradas ao acaso é a Teoria da Boa-Fé – Good Faith Exception. Essa excepcionalidade à teoria dos frutos da árvore envenenada adveio do direito americano, mais especificadamente do julgamento de caso *United States v. Leon* pela Suprema Corte Americana. De forma prática, significa que “quando a prova for produzida com total pureza de intenção, com a crença de se estar agindo dentro dos termos legais, pode ela ser aceita, ainda que ilícita.” (BRESSAN,2015)

Logo, nas situações de serendipidade estudadas, quando houver um atendimento a todos os preceitos legais exigidos, não se comprovando nenhum interesse obscuro que aponte finalidade diversa, as provas colhidas deverão ser admitidas. Segundo a teoria, mesmo em situações em que prevaleçam o entendimento da ilicitude dessas provas, assunto que será abordado nos próximos tópicos, elas devem ser admitidas, pois foram colhidas de boa-fé.

Por fim, um último ponto relevante que sustenta a linha de pensamento dessa corrente doutrinária é o de imaginar que seria ilógico e contraproducente o Estado desperdiçar novamente tempo e recursos para empreender buscas a uma prova que já esteve ao seu alcance, e, inclusive, em uma situação plenamente lícita. Tal circunstância, inclusive, significaria um atentado ao princípio da eficiência da Administração Pública presente na Constituição Federal.

### 5.1.2 Moderada

Preliminarmente discordando com esta última corrente, Aury Lopes Jr.(2015) sustenta que os respectivos meios de obtenção de provas trabalhados, em razão de mitigarem direitos fundamentais, são atos plenamente vinculados e limitados.

Desta forma, aduz que a decisão que autoriza a obtenção dessas provas deve estar vinculado ao pedido, o que limita o material colhido a este, fazendo com que esses meios necessariamente se restrinjam ao crime investigado mencionado na autorização judicial.

Ao tratar da decisão que autoriza esses métodos de obtenção de prova, o mesmo autor afirma que ela é tanto vinculada ao pedido quanto ao material colhido, assim, o meio de obtenção de prova está restrito ao crime pelo qual se referiu a decisão judicial que o autorizou.

Além disso, aduz que a admissibilidade da utilização de provas obtidas diferentes daquelas determinadas na decisão judicial, constituem um “referencial inquisitório”, por se tratar de um “ilegal desvio causal da prova autorizada”, violando o princípio da especialidade das provas.

Inclusive, discorda até do entendimento jurisprudencial adotado sobre o tema, tratado no subcapítulo “4.2”, pois entende que a prova obtida por meio da serendipidade de 2º grau não é capaz de ser o “starter” de uma nova investigação, em virtude de sua ilicitude. E, em razão disso, todos os atos praticados posteriormente nesse procedimento investigatório/processo deveriam ser considerados nulos.

Tal conclusão chega com base no princípio dos frutos da árvore envenenada que estabelece o princípio da prova ilícita por derivação, que estipula que todas as provas obtidas por meio de uma prova ilícita são igualmente ilegais e, portanto, inadmissíveis.

Nesse fenômeno específico, em razão de não estar presente o elemento da conexão entre os crimes investigados e o recém descoberto, este elemento fortuitamente encontrado servirá apenas como fonte de prova. Assim, independentemente do momento em que é realizada a operação e é conhecido esse novo elemento de informação, o acontecimento procedimental é o mesmo.

Isso se justifica, pois, presente a *notitia criminis* direta ocorre “quando o próprio delegado, investigando, por qualquer meio, descobre o acontecimento” (NUCCI, 2017,

p. 136), e instaura o inquérito policial de ofício mediante portaria. Assim, independente dela ter sido descoberta pela própria autoridade policial que conduzia o inquérito ou por meio de informação encaminhada àquela pelo juiz que comandava a instrução processual, a única alternativa seria a instauração do inquérito policial.

No entretanto, apesar do autor ser um crítico ferrenho da utilização de provas com base no princípio da serendipidade, ele reconhece a admissibilidade dessas em uma situação bastante específica, quando há, segundo ele, a presença de uma conexão “legítima”. Isso se justifica, pois o doutrinador é contra a utilização do sentido amplo de “crime conexo”, em razão dele poder ser interpretado de inúmeras maneiras, representando um risco de abusos de autoridade.

Justifica sua tese, aduzindo que todas as espécies de conexão do art. 79 do CPP possuem como característica a concessão de discricionariedade de sentidos para quem a interpreta, com exceção da conexão intersubjetiva concursal que ocorre apenas quando há concurso de agentes e de crimes.

Assim, Aury Lopes Jr. (2015, p. 399) defende que apenas essa conexão, decorrente de uma interpretação restrita, deve ser admitida, excepcionalmente, com a finalidade de legitimar a utilização de provas provenientes do fenômeno da serendipidade.

Portanto, defende que a utilização desse conceito de forma ampla constitui um “desvio da vinculação causal imposta pelo princípio da especialidade”, devendo a interpretação da conexão ser restritiva, por estar em jogo a mitigação de direitos fundamentais. Nesse sentido, constata que qualquer interpretação acerca do significado da conexão que se afasta do seu significado restritivo – conexão intersubjetiva concursal, deve ser tratado como prova ilícita em virtude do desvio causal da prova e da lesão ao direito fundamental em questão

O tão mencionado princípio da especialidade, segundo Tapia (2002, apud. TREVIZAN, 2013, p. 29), “implica que debe existir una necesaria identidad entre el delito-objeto de investigación y el que de hecho se investiga”. Ou seja, o objeto da autorização judicial deve ser o único que deve ser buscado e colhido durante os meios de obtenção de prova. Dessa forma, de acordo com esse conceito, a admissibilidade das provas colhidas sob o fenômeno da serendipidade constituem um evidente desrespeito a esse elemento norteador da produção de provas.

Outro autor que merece destaque, e se encontra no rol dos defensores da corrente considerada moderada, é Eugenio Pacelli (2017).

Em um primeiro momento, o autor aparenta figurar na corrente descrita da valoração absoluta, demonstrando-se totalmente favorável admissibilidade desses tipos de prova, pois defende, em sua obra, que uma vez permitida a violação a intimidade dos indivíduos (por meio dos meios de obtenção de prova) não há mais motivo para não se admitir prova de outros delitos diferentes do investigado.

No entretanto, Eugenio Pacelli, assim como Aury Lopes Jr., expressa uma preocupação com a admissibilidade dessas provas: o cometimento de arbitrariedades cometidas pelo poder de polícia. Ele reconhece que ao permitir que as operações de busca em apreensão colham provas sem vinculação ao objeto do mandado, abre espaço para que a legítima violação ao domicílio se torne abusiva excedendo os limites do que seria necessário para encontrar a prova especificada.

Para ilustrar, o citado autor (2017, p 372) traz o exemplo hipotético de uma investigação de um crime contra a fauna em que os policiais encarregados de realizar uma busca e apreensão, amparados por uma autorização judicial, entram na respectiva residência e reviram gavetas encontrando novas provas não relacionadas com o delito investigado. Nessa situação, defende que essas provas fortuitas são ilícitas, pois houve claramente um excesso do cumprimento do mandado.

Essa tese se sustenta em razão de não ser compreensível a conduta de abrir gavetas de uma residência, examinar documentos e constatar ilícitos penais tributários por quem estava destinado a verificar apenas a presença de animais silvestres no local.

Assim, diante desse quadro, o autor estabelece certos limites para a admissibilidade das provas, estando, dentre eles, a existência da conexão ou continência do crime objeto da autorização judicial e o delito que teve uma prova fortuitamente encontrada, bem como a não existência de excessos ilegais no cumprimento das operações investigativas.

### *5.1.3 Negação total*

Grande parte da doutrina que participa da corrente totalmente contrária a admissibilidade das provas encontradas fortuitamente utiliza de argumentos no mesmo sentido dos aduzidos por Aury Lopes Jr., ressaltando o desvio causal probatório dos meios de obtenção de prova e do princípio da especialidade das



provas, tendo, portanto, como única divergência o fato de não reconhecer a admissibilidade das provas fortuitas em nenhuma hipótese.

Francisco Aguilar (2004) transita por uma linha diversa, pois, ao realizar uma análise da serendipidade no direito processual penal português, considera ilegal toda a prova encontrada de forma acidental, fundamentando tal afirmação no princípio da reserva legal, o que guarda total compatibilidade com o direito processual brasileiro.

Camargo Aranha (2006 apud. TREVIZAN, p. 96) esclarece os motivos pelos quais tal conduta configura uma violação ao princípio da reserva legal, argumentando que houve uma fuga dos preceitos exigidos pelo pedido, e fundamentou a decisão judicial que legitimou o meio de obtenção de prova, e, portanto, “estar-se-ia burlando a própria fundamentação da autorização judicial.”

Ou seja, em razão de ocorrer um descumprimento da determinação judicial, representado pelo desvio de sua finalidade, é atingido também o pressuposto legal do meio de prova, levando-o à ilegalidade e contaminando toda a operação policial em questão, e, conseqüentemente, as provas obtidas.

Já Anderson Bezerra Lopes (2013) vai além. O autor, ao sustentar que inadmissibilidade das provas fortuitas não resultam em meras irregularidades, chegando a configurar uma proibição da valoração da prova com base nos princípios constitucionais, aduz que não seria cabível até mesmo a renovação do ato processual em que a serendipidade se fez presente. Inclusive, ainda destaca que a utilização dessas provas como notícia-crime representariam o reconhecimento do Estado de que jamais as conheceria de forma autônoma e que, desse modo, tal artifício também não deve ser utilizado.

Assim, ele sustenta a impossibilidade de admissão dessas provas em qualquer caso, igualando inclusive as situações que envolvem crimes conexos e as que estão presentes crimes não conexos. Para sustentar sua tese Anderson Bezerra Lopes (2013, p. 166), aduz que

soa incoerente inadmitir o conhecimento fortuito como fonte de prova, seja no processo derivado da investigação na qual ele surgiu, seja em outro processo a título de prova emprestada, e, de outro lado, admiti-lo como notícia-crime. A lesão à garantia constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI) é a mesma

Portanto, deduz-se que, para o autor, o conhecimento fortuito se trata de um mal perigosíssimo com potencialidade de contaminar as informações encontradas fora de hora, impossibilitando a sua utilização seja como uma prova em si ou até mesmo

como ponta pé inicial para uma nova investigação. Tal consequência, para ele, representa um efeito pedagógico em contraposição as excessivas restrições aos direitos fundamentais.

## **5.2 A raiz da problemática: o conflito entre garantias individuais e o dever estatal de segurança**

Em conformidade com José Paulo Baltazar (2009), o dever estatal de garantir a segurança dos cidadãos surge no momento em que o Estado toma pra si o monopólio do uso da força, proibindo a autotutela. Desta maneira, ao assumir essa responsabilidade, impedindo os indivíduos de se protegerem espontaneamente, a entidade estatal avoca para si dever de salvaguardá-los.

Segundo o mesmo autor, tal dever é positivado na Constituição Federal de 1988 através de variados dispositivos, dentre eles o que estabelece o direito à vida (art. 5º, I), elevando-o a *status* de garantia fundamental, o que regulamenta a distribuição de competências determinando à União executar serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras, bem como legislar em matéria penal, processual penal (art. 22, I), direito penitenciário (art. 24, I), e organização das polícias civis (art. 24, XVI).

Paralelamente, levando em consideração o conceito restritivo do direito processual penal, é possível se extrair que esse ramo do direito serve de instrumento para viabilizar a aplicação das leis penais. E, por conseguinte, tomando como base que um dos objetivos do direito penal é a garantia da paz social e a manutenção da segurança dos cidadãos, é viável afirmar que o direito processual penal também é um instrumento essencial para ao dever de proteção estatal.

Um ponto indispensável para que a supracitada afirmação realmente se confirme é o funcionamento de um processo penal justo e eficiente, capaz de combater àquilo que ele, primordialmente, propôs-se a punir: o crime.

Com essa finalidade, o direito se utiliza dos mecanismos processuais e investigatórios para poder viabilizar um devido processo legal célere e eficaz, almejando, ao seu final, indicar os tipos penais incidentes no caso concreto e aplicar suas respectivas penas, objetivando a repressão dos infratores e os desestímulo da reincidência, garantindo a proteção social

Conforme trabalhado anteriormente, nos tempos atuais, ante a sofisticação da criminalidade, para que isso seja alcançado, é indispensável que o Estado se utilize de mecanismos investigatórios capazes de fornecer as informações necessárias. No entanto, por diversas vezes, essa busca estatal pela elucidação dos casos criminais e pelo cumprimento do seu dever legal de proteção dos indivíduos esbarra em princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988.

Essas garantias são imprescindíveis aos Estados Democráticos de Direito e, de acordo com os ensinamentos de Canotilho (1942, p. 407), tem a função de defender os “direitos da pessoa humana e da dignidade perante os poderes do Estado”. Isso se torna ainda mais evidente no âmbito do processo penal, pois, nessa esfera, funcionam como um verdadeiro escudo contra as arbitrariedades estatais.

Contudo, apesar do total reconhecimento da sua essencialidade, a interpretação que é realizada sobre as garantias fundamentais, especialmente na sua aplicação a casos específicos, deve ser feita observando outros deveres do Estado, com o intuito de que não se inviabilize o exercício destes.

No foco do presente trabalho, que é a admissibilidade das provas fortuitas, observa-se que a discussão se concentra o tempo todo no choque entre as garantias individuais, ilustradas pelo princípio da inviolabilidade dos domicílio e das comunicações, com o dever de proteção do estado.

Essa situação se demonstra de forma bem explícita nas teses levantadas no estudo das correntes doutrinárias do capítulo anterior, pois os autores, ao defenderem seus posicionamentos, implicitamente, utilizam-se, o tempo todo, de argumentos a favor da flexibilizar das garantias fundamentais ou a favor da restringir a atuação dos procedimentos investigativos.

### **5.3 Utilização do critério da proporcionalidade e a necessária prevalência da corrente moderada**

Conforme já abordado, a discussão acerca da admissibilidade das provas fortuitas possui uma questão muito sensível localizada em sua origem: o choque entre duas garantias fundamentais.

Diante desta situação, o intérprete possui a certeza de que é impossível preservar, de forma integral, ambos os direitos, e que, de igual modo, ao observar a outra faceta da moeda, também passa a ter a convicção de que não é possível

suprimir uma delas completamente, sob pena de ir de encontro com a Constituição Federal.

Portanto, indubitavelmente, o caminho a ser seguido é a compatibilização dos ditames constitucionais em colisão, tendo em vista que não podem ser exercidos integralmente, nem pode um deles ser abolido ante as suas respectivas essencialidades. Assim, ambos devem ser mitigados na proporção correta, de modo a não inviabilizar o exercício de indispensável de cada um deles.

Essa busca pela harmonização de garantias constitucionais conflitantes em uma mesma situação jurídica se demonstra ao mesmo tempo ambiciosa e de extrema relevância, tendo em vista que caso haja alguma desregulação e a questão atinja de maneira mais contundente um dos lados da balança, desequilibrando o quadro, surgirão inúmeras consequências.

Tal situação, na prática, pode ser facilmente percebida ao colocá-la sob a ótica do conflito abordado no presente trabalho. Isso se explica, pois se por um lado houver a relativização das garantias constitucionais de forma demasiada, a sociedade fica sujeita às arbitrariedades estatais, podendo vir a sofrer violações de seus direitos. Em contrapartida, de acordo com Baltazar (2009, p. 214), caso haja a imposição de dificuldades probatórias, mitigando de forma exagerada o dever de proteção do Estado, o resultado será a impunidade e o favorecimento da reincidência, pondo em risco a segurança dos cidadãos.

Diante da complexa situação, são apresentadas duas ferramentas que deverão ser utilizadas para dirimir esse conflito: a interpretação sistemática da Constituição e o critério da proporcionalidade. (DIMOULIS e MARTINS, 2012, p. 163).

Inclusive, cabe ressaltar que esse é o entendimento atual adotado pelo Supremo Tribunal Federal quando o assunto é o choque entre princípios fundamentais. Fato que se demonstra a partir do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC n.º 96.056/PE que representa perfeitamente a forma com que esse segundo critério deve ser utilizado para a resolução da questão:

(...)

Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes, nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre normas, mas antes e tão somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em teses aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa

última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais. (...)

No mesmo sentido, Padilha (2018, cap. 7) discorre que, diante dessa situação, o magistrado que interpretará a norma deverá também se utilizar do princípio da concordância prática (proporcionalidade), coordenando os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício de uns sobre os outros a partir da redução proporcional de cada um deles e buscando a harmonia do texto constitucional.

Portanto, evidencia-se uníssono, tanto na jurisprudência quanto na doutrina, que a única saída para esse debate compatível com o ordenamento jurídico vigente e os preceitos constitucionais é a busca por um ponto de equilíbrio que conserve a essência de ambos os ditames constitucionais em debate, “não sendo possível definir, *a priori*, uma prevalência de uma ou outra” (BALTAZAR, 2009, p.216).

Contudo, apesar de se estabelecer essa diretriz de como agir diante do conflito de princípios constitucionais, não é possível se obter uma equação geral que estabeleça o quanto determinado princípio será ponderado em relação ao outro e que se aplique em todos os casos.

Em vista disso, faz-se necessário uma interpretação para cada caso concreto observando suas próprias peculiaridades e buscando preservar ao máximo cada princípio e, até mesmo reconhecendo que, em determinados momentos, torna-se mais razoável relativizar de forma mais acentuada um em detrimento do outro em razão do contexto.

A partir desse entendimento, nota-se que o movimento realizado pelas cortes superiores – tratado no capítulo 4 – seguiu o supracitado entendimento, de modo a buscar esse equilíbrio entre o exercício simultâneo das garantias em jogo estabelecendo diferentes critérios de acordo com as individualidades de cada situação.

Cumprindo seu dever de traçar limites para o exercício harmônico desses direitos (DIMOULIS e MARTINS, 2012, p. 162), evitou tratar diferentes circunstâncias de um só modo e, com isso, valorizou suas características próprias, evitando o surgimento de situações em que, claramente, haveria uma desproporção na compatibilização das garantias fundamentais em um mesmo cenário.

Por exemplo, o posicionamento que admite as provas fortuitas relacionadas a crimes que sejam conexos, a permissão de utilização de elementos informativos acidentais como notícia-crime nas situações que envolvam infrações não conexas e a

utilização das provas colhidas diante da serendipidade que envolvem crimes permanentes em estado de flagrância, evidenciam como a atuação jurisdicional possui relevante papel na resolução de conflitos constitucionais.

Percebe-se, conforme revelado no presente trabalho, que não cabe apenas ao Poder Legislativo atuar nesse sentido, visto que a proporcionalidade é um mecanismo que deve ser manejado no controle de medidas restritivas de direitos fundamentais tanto pelo Poder Executivo quanto pelo Poder Judiciário, especialmente por este último. (BEZERRA AB, 2013, p. 203).

Isto posto, verifica-se que não há espaço, sob a ótica constitucional, para entendimentos extremistas quando a discussão trata da admissibilidade das provas fortuitas.

Tal alegação é revestida de fundamento porque a corrente da negação total da admissibilidade das provas fortuitas defende rigorosamente a vinculação estrita dos meios de obtenção de prova, não o flexibilizando em qualquer hipótese, o que compromete, indubitavelmente, a eficiência das investigações criminais e, conseqüentemente, suprime o dever estatal de garantir a segurança.

Da mesma forma ocorre quando se avalia a corrente da valoração absoluta dos descobrimentos acidentais, pois essa defende a admissão de todas as provas fortuitas, independente da circunstância, menosprezando a necessidade de se levar em consideração os direitos fundamentais em jogo, o que favorece o cometimento de arbitrariedades.

Logo, conclui-se que a única corrente que se amolda ao entendimento jurisprudencial e doutrinário e se compatibiliza com a Constituição Federal, no tocante ao critério adotado para a resolução de conflitos constitucionais, é a moderada.

Isso ocorre pois, sem dúvida alguma, ela é a única corrente que possui o condão de obrigar o Poder Judiciário a atuar no sentido acima demonstrado, isto é, utilizando do critério da proporcionalidade para analisar os conflitos de garantias constitucionais em cada caso concreto. Conseqüentemente, a manutenção de tal posicionamento aumenta exponencialmente as chances do intérprete encontrar a proporção mais precisa do quanto cada preceito terá que ser relativizado.

Ademais, há de se destacar que a atuação das cortes superiores anteriormente abordadas, no sentido de pacificar os entendimentos sobre casos específicos de serendipidade e firmar precedentes, possui sublime valor nesse quadro, pois é

previsível que, sem ela, surgisse um contexto de insegurança jurídica no que se refere a temática.

Tal prognóstico se justifica visto que, caso os órgãos que tem a função de uniformizar a jurisprudência não atuem dessa forma, deixando cada caso em aberto para ser interpretado pelos demais órgãos jurisdicionais, geraria uma série de decisões em sentidos opostos, o que não se deseja para questão alguma do mundo jurídico.

## 6. CONCLUSÃO

No início do presente trabalho, foi realizado um amplo estudo sobre a teoria geral das provas com o objetivo de auxiliar na compreensão do tema da admissibilidade das provas fortuitas.

Com esse intuito, foi apresentado o princípio da verdade real, que, apesar de receber diversas críticas, revelou-se como um importante vetor do direito processual penal passando a servir como um objetivo a ser alcançado por meio da produção probatória.

No mesmo sentido, tornou-se imprescindível trazer à tona o conceito da prova em si, frisando suas principais perspectivas e realizando a essencial diferenciação entre seus significados *stricto sensu* e *lato sensu*, tendo em vista que a compreensão da distinção entre institutos como a prova, o elemento de informação e o indício se faz indispensável ao tratar da teoria dos encontros de provas acidentais.

Em seguida, ao abordar a matéria, constatou-se que o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas figura como a imposição de limites à incessante busca pela verdade real, bem como um instrumento eficaz no combate as arbitrariedades estatais.

Para finalizar a primeira parte do trabalho, foram expostas relevantes questões sobre a obtenção dos meios de provas, especialmente àqueles que foram escolhidos para servir de palco para a análise das provas fortuitas: a busca e apreensão e a interceptação telefônica. Nesse momento, deu-se notoriedade também, pela primeira vez no presente trabalho, à existência dos conflitos entre direitos constitucionais existentes nesse enredo, enraizados na própria natureza jurídica desses institutos.

Aproximando-se do contorno principal do trabalho, foram apresentadas as características mais importante do fenômeno da serendipidade, expondo os entendimentos jurisprudenciais para cada caso específico dos encontros fortuitos, a exemplo das situações envolvendo crimes conexos, não conexos e não continentes, permanentes em estado de flagrância, futuros e na hipótese de inclusão de terceiros, chegando, finalmente, ao debate sobre a admissibilidade das provas fortuitas.

Ao adentrar nesse ponto, eixo central do trabalho, foram expostos diversos posicionamentos da mais renomada doutrina do direito processual penal, momento



em que se identificou a existência de uma gama de entendimentos divergentes dentro da temática.

Merecem destaque as teses antagônicas que sustentam desde a inadmissibilidade dessas provas em razão do caráter vinculante dos meios de obtenção de prova, e que, em razão disso, as provas fortuitas representam um desvio causal probatório capaz de torná-las ilícitas, até mesmo à simples justificativa de que é inconcebível a alegação de uma suposta ilegalidade da prova visto que ela surge de um ato em conformidade com a lei e eivado de boa-fé.

No entanto, restou verificado, diante dessa situação, que, apesar dos estudiosos da matéria se utilizarem de argumentos jurídicos conflitantes, estes guardam uma intrínseca relação com o conflito entre garantias individuais constitucionais e o dever de segurança estatal, o qual se revelou como o ponto originário de toda a discussão.

Portanto, identificada a origem da controvérsia, toda a discussão passou a estar diante de um problema da hermenêutica constitucional, a colisão de garantias fundamentais.

Sendo assim, a importância do debate foi elevada, pois percebeu-se que uma possível mitigação e inviabilização do exercício dos direitos fundamentais poderia criar um cenário fértil para as arbitrariedades estatais, e a imposição de excessivas barreiras a investigação criminal resultaria em um dever de segurança estatal totalmente ineficiente e inoperante.

Diante do quadro, vislumbrou-se como única saída possível a utilização das ferramentas disponibilizadas pela doutrina e jurisprudência no tocante à solução de conflitos entre garantias constitucionais: o uso do critério da proporcionalidade e da interpretação sistemática da Constituição.

Tal caminho se apresentou em razão da conclusão de que as correntes mais extremistas, previamente analisadas, contribuíam, respectivamente, para os supracitados cenários trágicos – arbitrariedades estatais e ineficiência do dever estatal de segurança, tendo em vista que suas teses elegem qual dos direitos fundamentais deve ser conservado e qual deve ser ignorado.

Portanto, levando em consideração a impossibilidade de utilização das correntes radicais, conseguiu-se alcançar o entendimento de que a corrente mais pertinente e que deve preponderar no tocante da admissibilidade de provas fortuitas é a moderada.

A referida afirmação se constatou com base no fato de que esta é a única corrente existente que permite o intérprete analisar, em cada caso concreto, qual a melhor solução de acordo com seu contexto, de modo a garantir o pleno funcionamento e a compatibilização de ambos os direitos fundamentais a partir da utilização das ferramentas de resolução de conflitos constitucionais harmônicas com a sistemática constitucional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILAR, Francisco. **Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefônicas**: contributo para o seu estudo nos ordenamentos jurídicos alemão e português. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2004.

BALTAZAR, José Paulo. Limites Constitucionais à investigação: O conflito entre o direito fundamental a segurança e o direito à liberdade no âmbito criminal. **Limites da investigação** .1. ed., p. 184-221. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 03 set. 2019.

BRASIL. [Código de Processo Penal]. **Decreto-Lei nº 3.689**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 03 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo 491 do STJ - 2012**. Conteúdo Jurídico: Brasília-DF. 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver==238.35919&seo=1>>. Acesso em: 05 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 69.522 PR 2006/0241993-5**. Inépcia da denúncia oferecida em desfavor dos pacientes baseada em material colhido durante a realização de interceptação telefônica para apurar a prática de crime diverso. Encontro fortuito. Necessidade de demonstração da conexão entre o crime inicialmente investigado e aquele fortuitamente descoberto. Impetrante: Marcos César Kaimen. Relator: Ministro Felix Fischer, 06 de fevereiro de 2007. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8939460/habeas-corpus-hc-69552-pr-2006-0241993-5/inteiro-teor-14107951>. Acesso em 20 ago. 2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1648439 SP 2017/0008392-5**. Recorrentes: Osmar Jatobar Junior, Aládio Palmieri José Adriano e , Edilson Manoel da Silva, Jorge Cristiano Luppi e Marcelo Malmeira Zaccaro. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Rogério Schietti Cruz, 21 de junho de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595112221/recurso-especial-resp-1648439-sp-2017-0008392-5>. Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 28794 RJ 2010/0140512-1 28.794**. Crime de corrupção passiva. Trancamento da ação penal. Interceptação telefônica. Prorrogação do Monitoramento. Viabilidade. Ilegalidade não demonstrada. Identificação de terceiro relacionado com objeto da investigação. Possibilidade. Ausência de Ilícitude das Provas. Fenômeno da serendipidade. Inépcia da denúncia. Inocorrência. Desnecessidade de descrição do dolo do agente. Precedente. Recurso desprovido. Recorrente: N T de P. Recorrido: Ministério Público de Federal. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 06 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23023968/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-28794-rj-2010-0140512-1-stj/inteiro-teor-23023969?ref=juris-tabs>. Acesso em 20 ago. 2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 41.316 SP**. Mandado de busca e apreensão. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51157/a-validade-do-cumprimento-do-mandado-de-busca-e-apreensao-por-parte-da-policia-militar>. Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 43.713 SP**. Mandado de busca e apreensão. Mandado de busca e apreensão. Fundamentação. Exauriente requerimento policial. Manifestação ministerial. Referências. Per relationem. Autorização judicial. Eiva. Inexistência. **Condução da medida. Corregedoria da polícia militar. Ilegitimidade. Não ocorrência.** Supervisão da autoridade policial. Cumprimento do mandado. Subscrição do auto pela advogada. Inércia. Posterior alegação de nulidade. Violação da boa-fé objetiva: proibição do venire contra factum proprium. Armas e munições estranhas ao crime objeto do mandado de busca e apreensão. Encontro fortuito. Novel delito. Infração de cunho permanente. Flagrante. Possibilidade. Constrangimento ilegal. Inexistência. Recurso desprovido. Recorrente: Josmar Alves Dias. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministra Maria Thereza, 14 de novembro de 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152716315/recurso-em-habeas-corpus-rhc-43713-sp-2013-0412815-4>. Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental 5.173/2014**. Busca domiciliar. Apreensão de bens em poder de terceiro. Admissibilidade. Morador do mesmo imóvel, alvo de busca, em que reside um dos investigados. Agravante: João Emanuel Moreira Lima. Relator: Ministro Dias Toffoli, 30 de setembro de 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25322358/agreg-na-peticao-pet-5173-df-stf?ref=juris-tabs>. Acesso em 20 ago. 2019

BRESSAN, Adilson José. **Provas ilícitas por derivação**: A (in)aplicabilidade no processo penal brasileiro, das teorias norte-americanas que atenuam a doutrina dos frutos da árvore envenenada. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41654/provas-ilicitas-por-derivacao>. Acesso em: 27 ago. 2019.

BRITO, Alexis Couto de; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016

CAMPOS, Ana Maria. **A busca e apreensão e o devido processo**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2004.

CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 11ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003

CORREIA, Silva Leme. **A prova processual penal ilícita e a teoria da proporcionalidade**. 2006. 99 f. Tese (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais – UFPR, Curitiba, 2006. E-book. Disponível em: <http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009453.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2019

GOMES, Luiz Flávio. **Conexão e continência no processo penal**. 2008. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/116269/conexao-e-continencia-no-processo-penal>. Acesso em: 27 ago. 2019

GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação Telefônica**. Prorrogações. Possibilidade, quando comprovada a necessidade. 2012. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121928265/interceptacao-telefonica-prorrogacoes-possibilidade-quando-comprovada-a-necessidade>. Acesso em: 27 ago. 2019

GOMES, Luiz Flávio. **Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas**. 2009a. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 03 jul. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas**: Distinções fundamentais. 2009b. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais>. Acesso em: 27 ago. 2019

GÍRIA, João Filipe Coelho. **Os conhecimentos fortuitos no contexto das buscas domiciliárias**: da relevância dos Conhecimentos Fortuitos e sua Valoração. 2010. 67 f. Tese (Mestrado integrado em Ciências Policiais) – Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa, 2010. E-book. Disponível em: [https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/24848/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o\\_G%C3%ADria.pdf](https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/24848/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_G%C3%ADria.pdf). Acesso em: 29 jul. 2019.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Atlas: 2012

HOOVER, Giselle; RIGUEIRA NETO, Ademar. **Provas produzidas com mitigação de direitos fundamentais devem ser sigilosas**. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-13/provas-produzidas-mitigacao-direitos-sigilosas>. Acesso em: 27 ago. 2019

KALKMAN, Thiago. O encontro fortuito de provas no processo penal brasileiro e as correspondentes restrições na legislação alemã. **Revista de doutrina e jurisprudência**, Brasília, v. 1. n.1, dez./2018. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/download/291/78>. Acesso em: 27 ago. 2019.

LIMA, Daniel. **A utópica e falaciosa busca da verdade real no processo penal**. 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/verdade-real-processo-penal/>. Acesso em: 27 ago. 2019

LOPES, Anderson Bezerra. **Os conhecimentos fortuitos de prova no direito processual penal**. 2013. 232 f. Tese (Mestrado em Direito Processual) – USP, São Paulo, 2013. E-book. Disponível em: [http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-22082014-090055/publico/OSCO\\_PG0\\_Anderson\\_Bezerra\\_Lopes.PDF](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-22082014-090055/publico/OSCO_PG0_Anderson_Bezerra_Lopes.PDF). Acesso em: 27 ago.2019

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

MASSON, Cleber. **Direito penal Esquematizado**: parte geral.11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

Mandado genérico de Moraes é proibido pelo próprio STF. **Migalhas**, online, 16 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI300495,31047-Mandado+generico+de+Moraes+e+proibido+pelo+proprio+STF>. Acesso em: 27 ago. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Suzana Rososki de. **Interceptação, escuta e gravação nas modalidades telefônica e ambiental**. 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/640189014/interceptacao-escuta-e-gravacao-nas-modalidades-telefonica-e-ambiental>. Acesso em: 07 set. 2019

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018.

RANGEL, Paulo. **Breves considerações sobre a Lei 9296/96 (interceptação telefônica)**. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/195/breves-consideracoes-sobre-a-lei-9296-96-interceptacao-telefonica>. Acesso em: 27 ago. 2019

STJ reúne jurisprudência sobre validade de provas encontradas ao acaso. **Migalhas**, online, 29 de abril de 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI219603,21048-STJ+reune+jurisprudencia+sobre+validade+de+provas+encontradas+ao+acaso>. Acesso em: 27 ago. 2019.

TÁVORA, Nestor; ROSMAR, Alencar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

TREVIZZAN, Flavia Cristina. **Conhecimentos fortuitos no processo penal**. 2013. 139 f. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal) – USP, São Paulo, 2013. E-book. Disponível em: [http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-25102016-085954/publico/Flavia\\_Trevizan\\_dissertacao\\_versao\\_integral.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-25102016-085954/publico/Flavia_Trevizan_dissertacao_versao_integral.pdf). Acesso em: 29 de jul. 2019.

VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. **Ilícitude da prova: teoria do testemunho de ouvir dizer**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.